

**LOS DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS
DE CRÍMENES INTERNACIONALES COMO LÍMITE JURÍDICO
A LA DISCRETIONALIDAD NEGOCIADORA
DE LAS PARTES EN PROCESOS DE PAZ:
EL CASO DE COLOMBIA***

*THE RIGHTS OF VICTIMS OF INTERNATIONAL CRIMES
AS A LEGAL LIMIT TO DISCRETIONALITY
OF NEGOTIATING PARTIES IN PEACE PROCESSES:
COLOMBIA'S CASE*

FÉLIX VACAS FERNÁNDEZ
Universidad Carlos III de Madrid

Fecha de recepción: 25-6-13

Fecha de aceptación: 9-10-13

Resumen: *El presente estudio trata de mostrar, en primer lugar, el nuevo consenso alcanzado en torno a las complejas relaciones entre Justicia y Paz y el muy relevante papel que, en relación a las mismas, han comenzado a jugar las víctimas de crímenes internacionales; para, a partir de ahí, establecer el estatuto jurídico internacional de las víctimas de crímenes internacionales. Todo lo cual dibuja un nuevo marco jurídico internacional que, como se aborda en tercer lugar, debe ser respetado por Colombia en su ordenamiento jurídico interno y, dentro de éste, muy especialmente en los resultados de las negociaciones de los distintos procesos de paz que se han venido desarrollando en ese país sudamericano. Ello viene sin duda a limitar, si bien en ningún caso a eliminar, el, por otro lado necesario, margen de maniobra que los actores deben utilizar para alcanzar los equilibrios que hagan culminar dichos procesos en una paz con justicia en Colombia.*

* Este artículo es fruto de la estancia de investigación del autor en el *International Institute of Higher Studies in Criminal Sciences* (ISISC) de Siracusa (Italia), entre enero y julio de 2012, posible por la ayuda económica de Bankia de Movilidad para los profesores de las Universidades Públicas de la Comunidad de Madrid en su convocatoria 2011-2012, y se ha realizado en el marco del proyecto 11-CAP2-0983, financiado por la AECIO y titulado "Difusión y aplicación del O.I.H. en Colombia" de 2012-2013.

Abstract: *This paper shows, in first place, the new consensus reached on the complex relations between Justice and Peace and the very much important role played on it by victims of international crimes. From that basis, the international legal status of victims of international crimes will be studied, in second place. All that draws a new international legal framework that, as will be shown in third place, must be observed by Colombia's internal law and, within it, especially in the results of the different peace process negotiations that are or have been in place in that South American country. No doubt that all this places legal limits on negotiating parties, even though in any case that means to deny the, on the other hand always necessary, dealing freedom that those negotiating parties should use to reach the always difficult balance that will allow them to attain a peace with justice in Colombia.*

Palabras claves: justicia, paz, justicia de transición, derechos de las víctimas, crímenes internacionales, Corte Interamericana de Derechos Humanos, procesos de paz.

Keywords: justice, peace, transitional justice, victims' rights, international crimes, Inter-American Court of Human Rights, peace processes.

1. CONSIDERACIONES PREVIAS

El inicio de un nuevo proceso negociador entre el Gobierno de Colombia y las FARC, abierto en Oslo (Noruega) en octubre de 2012, ha generado, como todo proceso de paz, expectativas, esperanzas y anhelos, junto a retos, temores y recelos. En realidad, a lo largo de los casi 50 años de conflicto colombiano expectativas y esperanzas, recelos y temores se han ido sucediendo según se iban alternando procesos negociadores, más o menos exitosos, con nuevos periodos de aumento de la violencia. Como señala Theidon: *"During Colombia's 42-year internal armed conflict, each successive president has attempted some sort of military victory or, in the face of that impossibility, peace negotiations"*¹.

Sin embargo, el presente proceso negociador difiere sustancialmente de los anteriores, y muy especialmente del abierto por el Presidente Pastrana con las FARC en 1998 y que se extendió hasta 2002, por varias razones de diversa naturaleza: metodológicas, políticas –internas e internacionales–, socioeconómicas, pero también y muy especialmente, jurídicas. Y es que

¹ K. THEIDON, "Transitional Subjects: The Disarmament, Demobilization and Reintegration of Former Combatants in Colombia", *The International Journal of Transitional Justice*, núm.1 vol. 66-90, 2007, p. 70.

el rápido desarrollo experimentado por el Derecho Internacional Penal en las últimas dos décadas ha alcanzado un nivel de madurez jurídica, si no total, si suficiente para, cuanto menos, influir de manera directa, efectiva y creciente en los procesos de paz que se desarrollan en la actualidad. La nueva relación aceptada de manera general, al menos en el plano teórico, entre Justicia y Paz y, junto a ello, el relativamente novedoso protagonismo, también en lo jurídico, adquirido por las víctimas de crímenes internacionales, son transformaciones de una fuerza potencial tan grande que comienzan a suponer un verdadero cambio de paradigma que no puede dejar de tener consecuencias, políticas y jurídicas, en los procesos reales y específicos de transición a partir de una situación de conflicto y/o de violación manifiesta y grave de derechos humanos.

Pues bien, es en este doble contexto teórico general, político y jurídico, en el que *debemos enmarcar esta nueva fase del, complejo y amplio, proceso de paz en Colombia*. Contexto teórico, sí, tanto desde el punto de vista ético como político, y también ya jurídico, como vamos a ver inmediatamente; pero que viene no sólo a influir sino, desde luego desde la perspectiva jurídica, a limitar el margen de maniobra de los diferentes actores, y en primer lugar del Estado, en dicho proceso. Como indica Theidon: *"If at one time states wielded their sovereign prerogative to issue amnesties in the name of political expediency, stability and peace –prerogatives that characterized past demobilization efforts in Colombia– changes in international norms increasingly place limits on the granting of leniency to perpetrators, forcing governments to address transitional justice issues of truth, justice and redress"*².

Por ello, en lo que sigue trataremos de mostrar, en primer lugar, el nuevo consenso alcanzado en torno a las complejas relaciones entre Justicia y Paz y el muy relevante papel que, en relación a las mismas, han comenzado a jugar las víctimas de crímenes internacionales; para, a partir de ahí, establecer el estatuto jurídico internacional de las víctimas de crímenes internacionales. Todo ello dibuja un nuevo marco jurídico internacional que, como veremos en tercer lugar, debe ser respetado por Colombia en su ordenamiento jurídico interno y, dentro de éste, muy especialmente en los resultados de las negociaciones de los distintos procesos de paz o, si se prefiere, de las distintas fases del proceso de paz abierto en ese país sudamericano.

² *Ibid*, p. 73.

2. LAS COMPLEJAS RELACIONES ENTRE JUSTICIA Y PAZ Y EL PAPEL DE LAS VÍCTIMAS DE CRÍMENES INTERNACIONALES

Uno de los cambios más relevantes en el ámbito de los derechos humanos, por el giro casi copernicano que supone respecto a la situación de la que se partía y por la rapidez de su expansión, maduración y aceptación, al menos en el plano teórico y jurídico generales –desde luego, otra cosa es, todavía, su aplicación práctica en las situaciones reales–, deriva de la diferente percepción que, desde el final de la Guerra Fría, comienza a tenerse de las relaciones entre Paz y Justicia. Así, frente a la tradicional visión negativa que tiende a enfrentar ambos principios como irreconciliables y que podemos resumir, desde la perspectiva *realista* o de *realpolitik*, con la expresión latina *fiat iustitia pereat mundi*; se ha asentado, al menos desde una posición doctrinal mayoritaria, la visión más incluyente, y compleja también, de que *Justicia y Paz* no sólo *no se sitúan en una posición dialéctica, enfrentada y excluyente por naturaleza, sino que, antes al contrario, se complementan, alimentándose y necesitando mutuamente*. Se ha pasado, así, de hablar de “paz *versus* justicia” a hacerlo de “paz y justicia”.

Como explica Bassiouni: “*The human rights arena is defined by a constant tension between the attraction of realpolitik and the demand for accountability. Realpolitik involves the pursuit of political settlements unencumbered by moral and ethical limitations. As such, this approach often runs directly counter to the interests of justice, particularly understood from the perspective of the victims of gross violations of human rights. Impunity, at both the international and national levels, is commonly the outcome of realpolitik which favors expedient political ends over the more complex task of confronting responsibility. Accountability, in contrast, embodies the goals of both retributive and restorative justice. This orientation views conflict resolution as premised upon responsibility and requires sanctions for those responsible, the establishment of a clear record of truth and efforts made to provide redress to victims*”³. Esto es, *justicia* –en sentido estricto o de exigencia y establecimiento de responsabilidad–, *verdad y reparación* como componentes esenciales de la *justicia de transición*, de una paz con *justicia*.

En efecto, este punto de partida, mucho más constructivo, no sólo no niega la compleja relación entre ambos principios, sino que la reconoce, la asume y a partir de ahí abre la puerta a un análisis de los procesos transicionales que, no hay que engañarse, resulta sin duda problemático y difícil, pero que debe

³ M. Ch. BASSIOUNI, “Justice and Peace: The Importance of Choosing Accountability Over Realpolitik”, *Case Western Journal of International Law*, núm. 35, 2003, p. 191.

conducir, constructivamente, a alcanzar conclusiones que refuercen la profunda conexión de complementariedad existente entre Justicia y Paz. Como afirma el Secretario General de Naciones Unidas en su primer informe sobre *El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos*: “Justicia y paz no son fuerzas contrapuestas; cuando se trata de establecerlas bien, se promueven y sostienen una a la otra. Así pues, la cuestión no podrá ser nunca si hay que fomentar la justicia y la rendición de cuentas, sino más bien cuándo y cómo hacerlo”⁴.

Porque, aún objetivos compatibles, complementarios e incluso mutuamente necesarios, no cabe desconocer ni la complejidad de su relación ni las enormes dificultades para establecer en el caso concreto un equilibrio entre ambas que no desconozca, niegue o imposibilite ninguna de las dos⁵. Y es que, como concluye el propio Secretario General de Naciones Unidas en el informe citado: “Los problemas que se plantean después de los conflictos hacen necesario optar por un planteamiento que equilibre múltiples objetivos, entre los que se encuentran la búsqueda de la rendición de cuentas, la verdad y la reparación, la preservación de la paz y la construcción de la democracia y el Estado de derecho”⁶. En efecto, frente a la que podemos calificar ya como generalizada aceptación de la posición teórica indicada, en la confrontación con la realidad de un conflicto armado vivo y los subsiguientes esfuerzos para abrir y llevar a buen término un proceso de paz es donde toda la complejidad del planteamiento teórico de las relaciones de complementariedad entre Justicia y Paz; donde, en definitiva, todas las tensiones entre ambos objetivos se muestran de manera más radical y descarnada⁷.

⁴ Informe del Secretario General de Naciones Unidas sobre *El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos*, S/2004/616, de 3 de agosto, par. 21. Cursivas añadidas.

⁵ En palabras del resumen del moderador del panel sobre “Paz y Justicia” desarrollado en la Conferencia de Kampala, de revisión del Estatuto de la Corte Penal Internacional: “La Corte Penal Internacional vivía sus primeros días y (que) necesitaba el apoyo de todos. Aunque estaba en una etapa temprana de su existencia, no cabía duda de que su establecimiento había dado lugar a un cambio de paradigma; ahora existía una relación positiva entre la paz y la justicia. Sin embargo, también había tensiones entre ambas, que había que reconocer y solucionar”. RC/ST/PJ/1/Rev.1, 24 de junio de 2010, par. 29. Cursivas añadidas.

⁶ Informe del Secretario General de Naciones Unidas sobre *El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos*, S/2004/616, de 3 de agosto, par. 25. Cursivas añadidas.

⁷ Como gráficamente explica Hayner, “si un dirigente abusivo se retirase y, pongamos por caso, pudiera proceder a desempeñar una función positiva en los asuntos transicionales y los esfuerzos en pro de la reconciliación, ¿no sería ello más importante y más valioso que amenazarle con la pena de prisión? Los defensores de los derechos humanos

Quizás la respuesta a tales tensiones, a la evidentemente compleja relación entre Justicia y Paz y cómo llenarla de contenido en el caso concreto, pueda venir de la mano de las víctimas: de su visión, que no es unívoca ni inmutable, de ambos principios y de sus relaciones; de sus intereses en juego y, en fin, del reconocimiento, garantía y protección de sus derechos. Y es que también aquí se ha iniciado en las últimas décadas un proceso que puede llevar a un cambio de paradigma, a un giro copernicano que cambie el foco de atención, tradicionalmente situado en los victimarios, hacia las víctimas. Como se defiende en la *Declaración de Nuremberg sobre Paz y Justicia*: “Las víctimas son un elemento central de la consolidación de la paz, la justicia y la reconciliación y deben participar activamente en estos procesos. Debe asignarse a sus intereses una alta prioridad”⁸.

Este *enfoque centrado en las víctimas*, como principio básico que debe servir como punto de partida e informar todo proceso transicional hacia una paz con justicia, sin embargo, y a pesar de los avances, no ha cristalizado todavía⁹. Debe ser aceptado, interiorizado y debe informar todo el desarrollo del sistema, tanto en su vertiente de *reconocimiento y conceptualización de las víctimas de crímenes internacionales*, como de conformación de un completo y efectivo *estatuto jurídico internacional* de las mismas. Y es que *las víctimas son*

señalan que los cambios en las normas jurídicas internacionales en materia de estos derechos conllevan un margen de libertad muy escaso. Con el advenimiento de la Corte y el fortalecimiento de las normas contra la impunidad respecto de los máximos responsables de los crímenes más graves, cabe sencillamente que las garantías no sean posibles, al menos en su sentido más amplio. (...). Es aquí donde surgen los dilemas. La respuesta, quizás, arraiga de algún modo en nuestra comprensión de la función, el propósito y la intención de la responsabilidad en lo tocante a los derechos humanos. Efectivamente, muchos grandes profesionales de los derechos comprenden la posibilidad de que un planteamiento maximalista – que insista en la justicia plena para todos, en el muy corto plazo – no sea el más eficaz. Pero estas interrogantes quedan pendientes de solución, y son muy reales, y requieren de reflexión y debates adicionales”. P. HAYNER, “Gestión de los retos en lo tocante a la integración de los esfuerzos en pro de la justicia y los procesos de paz”, en doc. RC/ST/PJ/INF.4, de 30 de mayo de 2010, de la Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma, par. 19.

⁸ *Declaración de Nuremberg sobre Paz y Justicia*, de 27 de junio de 2007, en doc. A/62/885, de 19 de junio de 2008, III.3. Cursivas añadidas.

⁹ Como recuerda Bassiouni: “However, despite the positive developments in international law which have taken place, much more is needed to make this academic progress a reality for victims on the ground (...). The realization of victims’ rights requires the establishment of implementation mechanisms and governmental will to take the Principles from being mere words on a page and put them into practice. The international legal system is far from being victim-oriented”. M. Ch. BASSIOUNI, “International Recognition of Victims’ Rights”, *Human Rights Law Review*, núm 6, 2006, p. 279.

centrales para que los principios de justicia y reconciliación sean real y efectivamente alcanzados y, con ello, para que la construcción de la paz, en sentido positivo¹⁰, tenga éxito y sea sostenible.

3. EL ESTATUTO JURÍDICO INTERNACIONAL DE LAS VÍCTIMAS DE CRÍMENES INTERNACIONALES

De este modo, *las víctimas*, su tratamiento, reconocimiento y garantía de sus derechos, *aparecen como la clave de bóveda donde se puede ver con mayor claridad que Justicia y Paz no se excluyen sino que aparecen como mutuamente imprescindibles*; donde, en fin, ambos valores encuentran su equilibrio sobre la base de la complementariedad. Porque, como subraya Bassiouni: *“By honoring victim’s rights to benefit from remedies and reparation, the international community expresses solidarity with victims and reaffirms the principles of accountability, justice and the rule of law. Recognising the rights of the victims of gross human rights violation is the most crucial imperative of our age”*¹¹.

Esta ha sido, en efecto, la gran aportación y el fundamento que se encuentra en la base de los *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones* (en adelante, “Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas”), aprobados por la Asamblea General en su resolución 60/147, de 2005¹². Como se indica en los dos últimos párrafos de su Preámbulo:

“Reconociendo que, al hacer valer el derecho de las víctimas a interponer recursos y obtener reparaciones, la comunidad internacional hace honor a su palabra respecto del sufrimiento de las víctimas, los supervivientes y las generaciones futuras y reafirma los principios jurídicos internacionales de responsabilidad, justicia y Estado de derecho,

¹⁰ Vid. sobre los conceptos de paz y seguridad, en especial en relación con América Latina, F. VACAS FERNÁNDEZ, “Aproximación a los conceptos de paz y seguridad en el espacio iberoamericano”, en *Guía del espacio iberoamericano de paz, seguridad y defensa*, C. M. Díaz Barrado & F. Vacas Fernández (dir.), Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado de Investigación sobre Paz, Seguridad y Defensa, Madrid, 2010, pp. 15-36.

¹¹ M. Ch. BASSIOUNI, *“International Recognition of ...”*, op. cit., p. 279.

¹² Resolución adoptada por la Asamblea General el 16 de diciembre de 2005 y publicada el 21 de marzo de 2006. Doc. A/RES/60/147, de 21 de marzo de 2006.

Convencida de que, al adoptar un enfoque orientado a las víctimas, la comunidad internacional afirma su solidaridad humana con las víctimas de violaciones del derecho internacional, incluidas las violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario, así como con la humanidad en general, de conformidad con los siguientes Principios y directrices básicos”.

Con tales fundamentos y objetivos, la Comunidad internacional está iniciando el camino de elaborar un auténtico estatuto jurídico internacional de las víctimas de crímenes internacionales, que a nivel universal tiene como hitos la aprobación de sendas resoluciones por la Asamblea General de Naciones Unidas: la *Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder* (en adelante, “Principios fundamentales de justicia”), adoptada por la resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985, y los citados *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones*.

Junto a ello, sin duda, los Estatutos y Reglas de Procedimiento y Prueba de los diferentes tribunales penales internacionales creados hasta la fecha –en especial, los de la Corte Penal Internacional¹³, así como su todavía incipiente práctica, de un lado, y, de otro, la jurisprudencia de los tribunales internacionales de derechos humanos en la materia, en especial para el caso que nos ocupa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, han contribuido grandemente a determinar el alcance y contenido de dicho estatuto jurídico; insistimos, todavía en formación.

3.1. El marco jurídico establecido por las resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas

Si bien, como se sabe, las resoluciones de la Asamblea General no poseen en sí mismas carácter jurídico obligatorio, no por ello carecen de efectos jurídicos, pues su contenido puede pasar a formar parte del Derecho Internacional general a través del proceso consuetudinario generador de normas, tal y como ha dejado establecido la Corte Internacional de Justicia¹⁴.

¹³ Para una exposición y análisis de los derechos de las víctimas reconocidos en los mismos *vid.* F. VACAS FERNÁNDEZ, *El terrorismo como crimen internacional. Definición, naturaleza y consecuencias jurídicas para las personas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, Capítulo 6.3 “La víctima ante los tribunales penales internacionales”, pp. 296-321.

¹⁴ Así, por ejemplo, en uno de los pasajes más conocidos de la sentencia del asunto Nicaragua, la Corte señala: “*This opinio iuris may, though with all due caution, be deduced from,*

Y ello, bien marcando el inicio del proceso, bien avanzando en el mismo o bien logrando su cristalización con la aparición de una nueva costumbre internacional, tanto más cuanto se trata de una resolución normativa adoptada por consenso en el seno de la Comunidad internacional institucionalizada, la Asamblea General de Naciones Unidas, como fue el caso de la resolución 60/147, de 2005, que contiene los *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas*.

A pesar de ello, el instrumento que los Estados deciden utilizar a la hora de reflejar su posición, aún consensuada, sobre un asunto no resulta baladí. De hecho, la preferencia por la fórmula de una Declaración en el marco de una resolución de la Asamblea General en lugar de la adopción de un tratado es buena muestra del debate que subyace a la cuestión del reconocimiento de un verdadero estatuto jurídico a las víctimas de delitos y/o crímenes internacionales, dotado de derechos efectivamente exigibles a los Estados, y que no es otro que *la ausencia de voluntad en los Estados para asumir obligaciones por delitos o crímenes violentos, aún por los cometidos por ellos mismos o a ellos atribuibles por haber sido cometidos por sus agentes*. Ello explica, además, lo limitada de la declaración que contiene los Principios Básicos de Justicia de 1985 y que pasasen 20 años hasta la adopción de la declaración que contiene los *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas*, de 2005¹⁵; donde, como vamos a ver, por fin se avanza con decisión y claridad hacia el reconocimiento de tales derechos y las correlativas obligaciones de los Estados.

inter alia, the attitude of the Parties and the attitude of States towards certain General Assembly resolutions, and particularly resolution 2625 (XXV) (...). The effect of consent to the text of such resolutions cannot be understood as merely that of a 'reiteration or elucidation' of the treaty commitment undertaken in the Charter. On the contrary, it may be understood as an acceptance of the validity of the rule or set of rules declared by the resolution by themselves". Corte Internacional de Justicia, Military and Paramilitary Activities In and Against Nicaragua, sentencia de 27 de junio de 1986, par. 188.

¹⁵ Como explica Bassiouni: "In 1984, the United Nations Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power were prepared by a committee of Experts which I had the honour of chairing, hosted in Ottawa (...). The Ottawa draft was quite extensive with respect to the obligations of States for victimization occurring as the result of a State's 'abuse of power'. However, when the text was adopted at the Seventh United Nations Congress on Crime Prevention and Criminal Justice held in Milan, Italy in 1985, the draft was significantly shortened. Governments did not want to assume any responsibility, even for the acts of their own agents, preferring to limit victims' rights to the commission of crimes committed by non-State actors. That position persisted until the adoption of the 2006 Principles. It is also the reason why there has never been a convention on the rights of victims". M. Ch. BASSIOUNI, "International Recognition of ...", op. cit., pp. 247-248.

Pero, sea como fuere, la influencia de estas dos declaraciones, en especial la adoptada en 2005, está siendo muy relevante para el reconocimiento en derecho interno de diferentes Estados, en especial en el ámbito latinoamericano, de un estatuto jurídico de las víctimas. Como el propio Bassioni señala: *"The adoption of the 2006 Basic Principles and Guidelines is a monumental milestone in the history of human rights as well as international criminal justice. (...) In some instances, legal developments have sparked practical progress to ensure that victims are not denied the basic right of redress for their injuries. There is already evidence that the document is having an effect on State policies. Several Latin American countries have taken the draft version of the Principles and Guidelines into consideration when preparing legislation on reparation of victims"*¹⁶. Y lo sigue siendo, a partir de 2006 y hacia el futuro, con más razón y base jurídica una vez adoptado el texto en el seno de la Asamblea General de Naciones Unidas.

Pues bien, junto a la *Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y de abuso de poder*, de 1985, en cuyo Preámbulo se instaba a los Estados a poner en vigor las disposiciones contenidas en la Declaración, "a fin de reducir la victimización"¹⁷, para establecer el contenido de lo que hemos denominado el estatuto jurídico de las víctimas de crímenes internacionales debemos atender de manera preferente a lo indicado en los *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas*, de 2005, como el instrumento internacional más reciente, desarrollado y completo en la materia, pues, como indica la propia resolución en su Preámbulo, "al hacer valer el derecho de las víctimas a interponer recursos y obtener reparaciones, (...) reafirma el derecho internacional en la materia"¹⁸. En efecto, como subraya el propio Preámbulo, estos *Principios* "no entrañan nuevas obligaciones jurídicas internacionales o nacionales, sino que indican mecanismos, modalidades, procedimientos y métodos para el cumplimiento de las obligaciones jurídicas existentes conforme a las normas internacionales de derechos humanos y al derecho internacional humanitario"¹⁹.

Así, la primera de las obligaciones referida en los *Principios* es "la obligación de respetar, asegurar que se respeten y aplicar las normas internacionales de derechos humanos y el derecho internacional humanitario", que, en realidad, funciona como obligación genérica, conformada por las obligaciones específicas

¹⁶ *Ibid.*, p. 278.

¹⁷ A/RES/40/34, de 29 de noviembre de 1985, pto. 4.

¹⁸ A/RES/60/147, de 21 de marzo de 2006, Preámbulo de la resolución.

¹⁹ *Ibid.*, Preámbulo de los *Principios y directrices básicos*.

de los Estados que configuran correlativamente derechos de las víctimas y, en este sentido, conforman su estatuto jurídico a nivel internacional²⁰.

En lo que sigue, se va haciendo específica referencia a cada una de dichas obligaciones de los Estados/derechos de las víctimas. En efecto, tras referir en los dos primeros apartados las obligaciones de los Estados en esta materia y determinar su alcance, a partir del apartado V y hasta el final de los *Principios y directrices básicos*, éstos se centran en las víctimas, abordando en primer lugar su definición²¹ y estableciendo seguidamente una serie de principios generales, previos y transversales, que deben presidir el “Tratamiento de las víctimas”, título del apartado VI²². Así, el trato humano, el respeto a la dignidad y los derechos de las víctimas, el deber de asistencia y la eliminación de la llamada *doble victimización* poseen la doble naturaleza de obligaciones para los Estados en lo que al tratamiento de las víctimas se refiere, erigiéndose a la vez en principios básicos que informan tanto las obligaciones del Estado como los correlativos derechos de las víctimas. Junto a ello, el

²⁰ El punto 3 de los *Principios* recoge explícitamente los más importantes:

“3. La obligación de respetar, asegurar que se respeten y aplicar las normas internacionales de derechos humanos y el derecho internacional humanitario según lo previsto en los respectivos ordenamientos jurídicos comprende, entre otros, el deber de:

a) Adoptar disposiciones legislativas y administrativas y otras medidas apropiadas para impedir las violaciones;

b) Investigar las violaciones de forma eficaz, rápida, completa e imparcial y, en su caso, adoptar medidas contra los presuntos responsables de conformidad con el derecho interno e internacional;

c) Dar a quienes afirman ser víctimas de una violación de sus derechos humanos o del derecho humanitario un acceso equitativo y efectivo a la justicia, como se describe más adelante, con independencia de quién resulte ser en definitiva el responsable de la violación; y

d) Proporcionar a las víctimas recursos eficaces, incluso reparación, como se describe más adelante”. *Ibid*, pto. 3. Cursivas añadidas.

²¹ Para un análisis de la definición de víctima en los diferentes instrumentos internacionales en la materia, *vid.* F. VACAS FERNÁNDEZ, “El terrorismo como crimen internacional ...”, *op. cit.*, pp. 298-301.

²² Dicho apartado establece: “Las víctimas deben ser tratadas con humanidad y respeto de su dignidad y sus derechos humanos, y han de adoptarse las medidas apropiadas para garantizar su seguridad, su bienestar físico y psicológico y su intimidad, así como los de sus familias. El Estado debe velar por que, en la medida de lo posible, su derecho interno disponga que las víctimas de violencia o traumas gocen de una consideración y atención especiales para que los procedimientos jurídicos y administrativos destinados a hacer justicia y conceder una reparación no den lugar a un nuevo trauma”. A/RES/60/147, de 21 de marzo de 2006, par. 10.

apartado VII proclama tales derechos, dotando así de contenido específico el que hemos denominado estatuto jurídico de las víctimas:

- a) Acceso igual y efectivo a la justicia;
- b) Reparación adecuada, efectiva y rápida del daño sufrido;
- c) Acceso a información pertinente sobre las violaciones y los mecanismos de reparación”²³.

Pues bien, si ponemos en conexión esta perspectiva, centrada en las víctimas y sus derechos, con la de la justicia de transición nos daremos cuenta de que, en realidad, estamos hablando exactamente de lo mismo: *justicia, reparación y verdad*, siguiendo el orden de la disposición citada. Y es que, como ya hemos advertido, el elemento central de los procesos de transición, la clave de bóveda de las relaciones mismas –desde la complementariedad y no exclusión– entre Justicia y Paz, son las víctimas y sus derechos; que por ello no son otros, no pueden ser otros, que el contenido mismo de la justicia de transición. Porque afirmar que no hay paz sin justicia es igual que señalar que ni una ni otra existen verdaderamente sin el reconocimiento, respecto y real y efectiva garantía de los derechos de las víctimas.

Empezando por el final, se debe destacar que el *derecho de las víctimas a la información* posee una doble, y realmente esencial, función: de un lado, como *derecho autónomo* y en sí mismo considerado, *implica el derecho a conocer lo ocurrido*; esto es, el derecho a la verdad²⁴. De otro, como *derecho instrumental o auxiliar* de los demás, resulta, además, básico para que los mencionados derechos autónomos sean reales y efectivos²⁵.

Junto al derecho a la verdad, el primero de los derechos autónomos citados que conforman el contenido del estatuto jurídico de las víctimas es el

²³ *Ibid*, par. 11.

²⁴ Sobre ello, el último inciso del párrafo 24 señala:

“Además, las víctimas y sus representantes han de tener derecho a solicitar y obtener información sobre las causas de su victimización y sobre las causas y condiciones de las violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de las violaciones graves del derecho internacional humanitario, así como a conocer la verdad acerca de esas violaciones”.

²⁵ Desde esta última perspectiva, el primer inciso del párrafo 24 de los *Principios y directrices básicos* indica:

“Los Estados han de arbitrar medios de informar al público en general, y en particular a las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario, de los derechos y recursos que se tratan en los presentes Principios y directrices básicos y de todos los servicios jurídicos, médicos, psicológicos, sociales, administrativos y de otra índole a los que pueden tener derecho las víctimas”.

del *acceso a la justicia*, que se subraya debe ser *igual y efectivo*. Ello deriva, en efecto, de los derechos proclamados en diferentes instrumentos de Derecho Internacional que implican la obligación de los Estados de asegurar que en sus derechos internos se prevean mecanismos de acceso, efectivo e igual, a la justicia y a un procedimiento justo e imparcial, como se sabe. Obligación que se concreta en las siguientes:

a) Dar a conocer, por conducto de mecanismos públicos y privados, información sobre todos los recursos disponibles contra las violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y las violaciones graves del derecho internacional humanitario;

b) Adoptar medidas para minimizar los inconvenientes a las víctimas y sus representantes, proteger su intimidad contra injerencias ilegítimas, según proceda, y protegerlas de actos de intimidación y represalia, así como a sus familiares y testigos, antes, durante y después del procedimiento judicial, administrativo o de otro tipo que afecte a los intereses de las víctimas;

c) Facilitar asistencia apropiada a las víctimas que tratan de acceder a la justicia;

d) Utilizar todos los medios jurídicos, diplomáticos y consulares apropiados para que las víctimas puedan ejercer su derecho a interponer recursos por violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos o por violaciones graves del derecho internacional humanitario”²⁶.

Derecho de acceso a la justicia de las víctimas que, en fin, no sólo es individual, sino también colectivo; por lo que “los Estados han de procurar establecer procedimientos para que grupos de víctimas puedan presentar demandas de reparación y obtener reparación, según proceda”²⁷.

Junto al derecho a conocer la verdad y al acceso a la justicia, el tercer derecho autónomo de las víctimas es a la *reparación*: “Una reparación adecuada, efectiva y rápida tiene por finalidad promover la justicia, remediando las violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos o las violaciones graves del derecho internacional humanitario”²⁸. Por supuesto, el Estado debe conceder “reparación a las víctimas por las acciones u omisiones que puedan atribuirse al Estado y constituyan violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos o violaciones graves del derecho internacional humanitario” –esto es, las realizadas por sus agentes o por individuos que hayan actuado como

²⁶ *Ibid*, par. 12.

²⁷ *Ibid*, par. 13.

²⁸ *Ibid*, par. 15.

tales de acuerdo con las reglas de atribución de responsabilidad-; pero, además, también debe “procurar establecer programas nacionales de reparación y otra asistencia a las víctimas cuando el responsable de los daños sufridos no pueda o no quiera cumplir sus obligaciones”²⁹ –sin importar quién fuese el victimario ni si sus actos son o no atribuibles al Estado, por consiguiente-. Finalmente, dicha reparación, que debe ser, como hemos visto, adecuada, plena y efectiva, puede adoptar alguna, varias o todas las formas siguientes: restitución³⁰, indemnización³¹, rehabilitación³², satisfacción³³ y garantías de no repetición³⁴.

Con ello se completaría el entramado jurídico básico que conforma el estatuto jurídico internacional de las víctimas y del que derivan toda una serie de derechos específicos, y correlativas obligaciones de los Estados³⁵, muy especialmente en el ámbito procesal aunque, desde luego, no sólo, que éstos deben recoger e implementar en sus respectivos ordenamientos jurídicos internos, erigiéndose así en verdaderos límites a la discrecionalidad –no hablemos ya de la arbitrariedad, incompatible con el principio de legalidad– de los Estados³⁶.

2.2. La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la materia

Es, en efecto, la naturaleza puramente jurídica internacional de los derechos de las víctimas y de las correlativas obligaciones de los Estados lo que fundamenta el posible control judicial internacional del respeto o no de los

²⁹ *Ibid*, par. 16.

³⁰ *Vid*, par. 19.

³¹ *Vid*, par. 20.

³² *Vid*, par. 21.

³³ *Vid*, par. 22.

³⁴ Que, por su importancia y su mirada hacia el futuro, alguna doctrina considera autónomamente; pero que, siguiendo la postura tradicional, también propia del Derecho Internacional de la Responsabilidad, como se sabe, se incluye en los *Principios y directrices básicos* entre las formas de reparación. *Vid*, par. par. 23.

³⁵ Como afirma Rodríguez Uribe en relación específica a las víctimas de terrorismo, pero perfectamente aplicable a las víctimas de cualquier otro crimen internacional: “*A fortiori*, el apoyo a las víctimas del terrorismo no se basa en el altruismo voluntario o en la generosidad sino en la solidaridad, en la existencia de genuinas obligaciones jurídicas por parte de los Estados”. J. M. RODRÍGUEZ URIBES, “Sobre el terrorismo y sus víctimas”, *Derechos y Libertades*, núm 27, 2012, p. 262.

³⁶ *Vid*. sobre esta cuestión el apartado titulado “La fundamentación de la protección de las víctimas del terrorismo en Derecho Internacional: la labor de Naciones Unidas”, en F. VACAS FERNÁNDEZ, “*El terrorismo como crimen internacional ...*”, *op. cit.*, pp. 269-281.

Estados a tal estatuto jurídico, allá donde exista este mecanismo de control, claro está. Y es que, como ya hemos puesto de manifiesto, los derechos de las víctimas de violaciones manifiestas de derechos humanos se contienen en tratados internacionales, ya de carácter universal ya regional. En este último ámbito, como se sabe, se han desarrollado tanto en Europa como en América Latina mecanismos judiciales de control y garantía de tales derechos. Pues bien, el ámbito latinoamericano, que es el que nos ocupa en este caso, destaca especialmente por la labor, rigurosa, sostenida y muy relevante, desarrollada tanto por la Comisión como por la Corte Interamericanas de Derechos Humanos.

En efecto, desde el asunto *Velásquez-Rodríguez*³⁷, de 1988, han sido muy numerosas las sentencias de la Corte de San José en la materia, las cuales ha ido construyendo una jurisprudencia absolutamente imposible de desconocer por los Estados latinoamericanos –y entre ellos, claro está, por Colombia–, pues forman parte del sistema interamericano de protección de derechos humanos y de la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969, de la que éste trae causa. *Jurisprudencia*, que, de manera muy progresiva, ha ido reconociendo y fijando el contenido de los derechos de las víctimas de violaciones de derechos humanos, así como las correlativas obligaciones de los Estados; constituyendo así un verdadero marco jurídico de actuación para los Estados y un auténtico estatuto jurídico de las víctimas, en el que aquél se fundamenta y configura.

Así, en relación a los derechos de las víctimas y las correlativas obligaciones de los Estados, la primera de ellas es la obligación de garantía, como explica la Corte en el asunto de la “Masacre de Mapiripán” vs. Colombia:

*“Los Estados Partes en la Convención tienen obligaciones erga omnes de respetar y hacer respetar las normas de protección y de asegurar la efectividad de los derechos allí consagrados en toda circunstancia y respecto de toda persona. Esas obligaciones del Estado proyectan sus efectos más allá de la relación entre sus agentes y las personas sometidas a su jurisdicción, pues se manifiestan también en la obligación positiva del Estado de adoptar las medidas necesarias para asegurar la efectiva protección de los derechos humanos en las relaciones inter-individuales”*³⁸.

Ahora bien, dicha obligación así formulada no implica, claro está, que un Estado sea “responsable por cualquier violación de derechos humanos co-

³⁷ Sentencia C.I.D.H., *Asunto Velásques Rodríguez vs. Honduras*, de 29 de julio de 1988.

³⁸ Sentencia C.I.D.H., *Asunto “Masacre de Mapiripán” vs. Colombia*, de 15 de septiembre de 2005, par. 111.

metida entre particulares dentro de su jurisdicción”. Como explica la Corte en el asunto *Campo Algodonero*:

“(...) las obligaciones convencionales de garantía a cargo de los Estados no implican una responsabilidad ilimitada de los Estados frente a cualquier acto o hecho de particulares, pues sus deberes de adoptar medidas de prevención y protección de los particulares en sus relaciones entre sí se encuentran condicionados al conocimiento de una situación de riesgo real e inmediato para un individuo o grupo de individuos determinado y a las posibilidades razonables de prevenir o evitar ese riesgo. Es decir, aunque un acto u omisión de un particular tenga como consecuencia jurídica la violación de determinados derechos humanos de otro particular, aquél no es automáticamente atribuible al Estado, pues debe atenderse a las circunstancias particulares del caso y a la concreción de dichas obligaciones de garantía”³⁹.

Pues bien, ya en el citado asunto *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, de 29 de julio de 1988, la Corte concretó la obligación de garantía de los Estados en los siguientes términos:

“Esta obligación implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos”⁴⁰.

En efecto, junto a, o mejor, como consecuencia de la obligación de garantía, además de la obligación de prevención, el Estado está obligado a *investigar y sancionar las violaciones de derechos humanos*; lo que, desde la perspectiva de las víctimas, se erige en el *derecho de acceso a la justicia* –o de “justicia” propiamente dicho, dentro del contenido de la justicia de transición, como hemos visto–. Así, por lo que a la obligación de investigación se refiere, en el mismo asunto, la Corte afirmó:

“El Estado está, por otra parte, obligado a investigar toda situación en la que se hayan violado los derechos humanos protegidos por la Convención”⁴¹. Si el apa-

³⁹ Sentencia C.I.D.H., Asunto González y otras (“Campo algodón”) vs. México, de 16 de noviembre de 2009, par. 280.

⁴⁰ Sentencia C.I.D.H., Asunto Velásquez Rodríguez vs. Honduras, de 29 de julio de 1988, par. 166.

⁴¹ En el asunto *Campo Algodonero* la Corte concreta aún más dicha obligación:

“289. El deber de investigar es una obligación de medio y no de resultado, que debe ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple formalidad con-

rato del Estado actúa de modo que tal violación quede impune y no se restablezca, en cuanto sea posible, a la víctima en la plenitud de sus derechos, puede afirmarse que ha incumplido el deber de garantizar su libre y pleno ejercicio a las personas sujetas a su jurisdicción. Lo mismo es válido cuando se tolere que los particulares o grupos de ellos actúen libre o impunemente en menoscabo de los derechos humanos reconocidos en la Convención”⁴².

Dicha obligación de investigación no está sólo conectada al derecho de acceso a la justicia sino también al *derecho a la verdad* que poseen las víctimas. En este sentido, la Corte ha afirmado con rotundidad:

“(...) el Estado está obligado a combatir dicha situación de impunidad por todos los medios disponibles, ya que ésta propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos. La ausencia de una investigación completa y efectiva sobre los hechos constituye una fuente de sufrimiento y angustia adicional para las víctimas, quienes tienen el derecho a conocer la verdad de lo ocurrido. Dicho derecho a la verdad exige la determinación de la más completa verdad histórica posible, lo cual incluye la determinación de los patrones de actuación conjunta y de todas las personas que de diversas formas participaron en dichas violaciones”⁴³.

Finalmente indicar que la violación de tales obligaciones conllevan la condena del Estado infractor, cuyo contenido, en una jurisprudencia que ya comienza a ser abundante y, por consiguiente, bien asentada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, trata de que se cumplan por parte del Estado los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación. Así, citando, por todos, el asunto *Campo Algodonero* por su cercanía temporal, su amplitud, minuciosidad y sistematicidad de la condena, la Corte, una vez que sentenciase que el Estado había violado, entre otros y en lo que aquí interesa, su obligación general de ga-

denada de antemano a ser infructuosa. La obligación del Estado de investigar debe cumplirse diligentemente para evitar la impunidad y que este tipo de hechos vuelvan a repetirse. En este sentido, la Corte recuerda que la impunidad fomenta la repetición de las violaciones de derechos humanos.

290. A la luz de ese deber, una vez que las autoridades estatales tengan conocimiento del hecho, deben iniciar *ex officio* y sin dilación, una investigación seria, imparcial y efectiva por todos los medios legales disponibles y orientada a la determinación de la verdad y a la persecución, captura, enjuiciamiento y eventual castigo de todos los autores de los hechos, especialmente cuando están o puedan estar involucrados agentes estatales”. Sentencia C.I.D.H., *Asunto González y otras (“Campo algodón”) vs. México*, de 16 de noviembre de 2009, par. 289 y 290.

⁴² Sentencia C.I.D.H., *Asunto Velásques Rodríguez vs. Honduras*, de 29 de julio de 1988,, par. 176.

⁴³ Sentencia C.I.D.H., *Asunto González y otras (“Campo algodón”) vs. México*, de 16 de noviembre de 2009, par. 454.

rantía y su deber de investigar, lo que suponía una violación de los derechos a la vida, integridad personal y libertad personal y los derechos de acceso a la justicia y protección judicial⁴⁴, disponía el deber del Estado infractor de realizar determinadas actuaciones encaminadas a cumplir con los derechos de las víctimas que podemos sintetizar en actuaciones relativas: al *derecho de acceso a la justicia*⁴⁵, a los *derechos a reparación y a la verdad*⁴⁶ y a los derechos de *acceso a la justicia y a la verdad*⁴⁷.

⁴⁴ Vid, *ibid.*, pp. 151 y 152.

⁴⁵ Así, la sentencia establece:

“12. El Estado deberá (...) conducir eficazmente el proceso penal en curso y, de ser el caso, los que se llegasen a abrir, para identificar, procesar y, en su caso, sancionar a los responsables materiales e intelectuales de la desaparición, maltratos y privación de la vida de las jóvenes (...).

13. El Estado deberá, dentro de un plazo razonable, investigar, por intermedio de las instituciones públicas competentes, a los funcionarios acusados de irregularidades y, luego de un debido proceso, aplicará las sanciones administrativas, disciplinarias o penales correspondientes a quienes fueran encontrados responsables (...)

18. El Estado deberá, en un plazo razonable, continuar con la estandarización de todos sus protocolos, manuales, criterios ministeriales de investigación, servicios periciales y de impartición de justicia, utilizados para investigar todos los delitos que se relacionen con desapariciones, violencia sexual y homicidios de mujeres, conforme al Protocolo de Estambul, el Manual sobre la Prevención e Investigación Efectiva de Ejecuciones Extrajudiciales, Arbitrarias y Sumarias de Naciones Unidas y los estándares internacionales de búsqueda de personas desaparecidas, con base en una perspectiva de género”. *Ibid.*, pp. 153-154.

⁴⁶ Como determina la sentencia:

“11. Esta Sentencia constituye *per se* una forma de reparación.

(...)

15. El Estado deberá, en el plazo de seis meses a partir de la notificación de la presente Sentencia, publicar en el Diario Oficial de la Federación, en un diario de amplia circulación nacional y en un diario de amplia circulación en el estado de Chihuahua, por una sola vez, los párrafos 113 a 136, 146 a 168, 171 a 181, 185 a 195, 198 a 209 y 212 a 221 de esta Sentencia y los puntos resolutivos de la misma, sin las notas al pie de página correspondientes. Adicionalmente, el Estado deberá, dentro del mismo plazo, publicar la presente Sentencia íntegramente en una página electrónica oficial del Estado.

16. El Estado deberá, en el plazo de un año a partir de la notificación de esta Sentencia, realizar un acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional, en relación con los hechos del presente caso, en honor a la memoria de Laura Berenice Ramos Monárrez, Esmeralda Herrera Monreal y Claudia Ivette González, en los términos de los párrafos 469 y 470 de la presente Sentencia.

17. El Estado deberá, en el plazo de un año a partir de la notificación de esta Sentencia, levantar un monumento en memoria de las mujeres víctimas de homicidio por razones de género en Ciudad Juárez, (...). El monumento se develará en la misma ceremonia en la que el Estado reconozca públicamente su responsabilidad internacional.

(...)

En definitiva, a partir de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos no sólo se considera absolutamente inaceptable, por contraria a la legalidad internacional, la ausencia de respuesta por parte del Estado a violaciones graves de Derechos Humanos o del Derecho Internacional Humanitario, independientemente de quienes hayan sido

25. El Estado deberá, dentro del plazo de un año a partir de la notificación de esta Sentencia, pagar las cantidades fijadas en los párrafos 565, 566, 577, 586 y 596 de la presente Sentencia por concepto de indemnizaciones y compensaciones por daños materiales e inmateriales (...)" *Ibid.*, pp. 153-155.

⁴⁷ Según dicta la sentencia:

"19. El Estado deberá, en un plazo razonable (...), adecuar el Protocolo Alba, o en su defecto implementar un nuevo dispositivo análogo, conforme a las siguientes directrices, debiendo rendir un informe anual durante tres años:

i) implementar búsquedas de oficio y sin dilación alguna, cuando se presenten casos de desaparición, como una medida tendiente a proteger la vida, libertad personal y la integridad personal de la persona desaparecida;

ii) establecer un trabajo coordinado entre diferentes cuerpos de seguridad para dar con el paradero de la persona;

iii) eliminar cualquier obstáculo de hecho o de derecho que le reste efectividad a la búsqueda o que haga imposible su inicio como exigir investigaciones o procedimientos preliminares;

iv) asignar los recursos humanos, económicos, logísticos, científicos o de cualquier índole que sean necesarios para el éxito de la búsqueda;

v) confrontar el reporte de desaparición con la base de datos de personas desaparecidas referida en los párrafos 509 a 512 *supra*, y

vi) priorizar las búsquedas en áreas donde razonablemente sea más probable encontrar a la persona desaparecida sin descartar arbitrariamente otras posibilidades o áreas de búsqueda. Todo lo anterior deberá ser aún más urgente y riguroso cuando la desaparecida sea una niña.

20. El Estado deberá crear, en un plazo de seis meses a partir de la notificación de esta Sentencia, una página electrónica que deberá actualizarse permanentemente y contendrá la información personal necesaria de todas las mujeres, jóvenes y niñas que desaparecieron en Chihuahua desde 1993 y que continúan desaparecidas. Dicha página electrónica deberá permitir que cualquier individuo se comuniquen por cualquier medio con las autoridades, inclusive de manera anónima, a efectos de proporcionar información relevante sobre el paradero de la mujer o niña desaparecida o, en su caso, de sus restos(...).

21. El Estado deberá, dentro del plazo de un año a partir de la notificación de esta Sentencia (...), crear o actualizar una base de datos que contenga:

i) la información personal disponible de mujeres y niñas desaparecidas a nivel nacional;

ii) la información personal que sea necesaria, principalmente genética y muestras celulares, de los familiares de las personas desaparecidas que consientan –o que así lo ordene un juez– para que el Estado almacene dicha información personal únicamente con objeto de localizar a la persona desaparecida, y

iii) la información genética y muestras celulares provenientes de los cuerpos de cualquier mujer o niña no identificada que fuera privada de la vida en el estado de Chihuahua". *Ibid.*, pp. 154-155.

los autores y de si dichas violaciones, como actos ilícitos que son, sean o no atribuibles al propio Estado; sino que, además, a lo largo de dicha jurisprudencia, la Corte ha ido estableciendo una serie de principios, reconociendo una serie de derechos de las víctimas y, correlativamente, un conjunto de obligaciones de los Estados en materia de verdad, de justicia y de reparación que dotan de contenido al estatuto jurídico de las víctimas y que vienen a limitar la discrecionalidad de los Estados a la hora de afrontar procesos transicionales, en los que ya no podrán desconocer tales estándares ni tal estatuto jurídico.

4. LA LEGISLACIÓN INTERNA COLOMBIANA EN MATERIA DE JUSTICIA DE TRANSICIÓN Y VÍCTIMAS Y SU ADECUACIÓN AL MARCO JURÍDICO INTERNACIONAL

Esta nueva realidad jurídica internacional, a nivel global y, sobre todo, regional latinoamericano no ha podido, en efecto, dejar de hacerse sentir en los diferentes procesos transicionales que se han vivido en las últimas décadas en varios de los Estados latinoamericanos, cuestionando directamente la legalidad de las leyes de amnistía que fueron internamente aprobadas en varios de esos Estados en el marco de dichos procesos. Como resume Bassiouni: *"The due diligence standard set forth by the ACHR excludes some non-criminal responses, namely blanket amnesties, as elucidated by the jurisprudence of the IACtHR and Inter-American Commission, which held that the amnesty laws adopted in El Salvador⁴⁸, Argentina⁴⁹, Uruguay⁵⁰ and Peru⁵¹ were incompatible with the mentioned obligations flowing from the Convention"*⁵².

Ello no ha sido diferente en el caso de Colombia, cuyos propios procesos de paz y el marco jurídico interno en el que se han ido encuadrando han experimentado una más que evidente evolución⁵³ desde, pongamos como

⁴⁸ Caso n° 10.287, *Masacre Las Hojas*, Informe n° 26/92 (1992).

⁴⁹ Casos n° 10.147, 10.181, 10.240, 10.262, 10.309 y 10.311, *Herrera et al.* Informe n° 28/92 (1992).

⁵⁰ Casos n° 10.029, 10.036, 10.145, 10.305, 10.372, 10.373, 10.374 y 10.375, *Santos Mendoza et al.* Informe n° 29/92 (1992).

⁵¹ *Asunto Barrios Altos v. Perú*, Sentencia de la C.I.D.H. de 14 de marzo de 2001.

⁵² M. Ch. BASSIOUNI, *"Justice and Peace ..."*, op. cit., p. 228.

⁵³ Sobre los procesos de negociación *vid.*, entre otros, F. GONZÁLEZ, I. BOLIVAR & T. VÁSQUEZ, *Violencia política en Colombia: de la nación fragmentada a la construcción del Estado*, CINEP, Bogotá, 2007; S. GRANADA, J. A. RESTREPO & A. R. VARGAS, "El agotamiento de la política de seguridad: evolución y transformaciones recientes en el conflicto armado colombiano", en *Guerra y violencias en Colombia. Herramientas e interpretaciones*, J. A. Restrepo & D. Aponte

ejemplo paradigmático, la Ley 35, de 19 de noviembre de 1982, conocida como *de Amnistía Incondicional a favor de la Paz* –aprobada en el periodo del Presidente Betancurt y que, como su significativo apelativo subrayaba, implicaba la concesión de una amnistía total a cambio de paz y estabilidad–, al proceso de paz desarrollado durante la presidencia de Uribe y el recientemente abierto por el Presidente Santos.

Y es que, como acabamos de ver, la *nueva realidad jurídica internacional* que, partiendo de una nueva aproximación en la relación entre Justicia y Paz que busca la complementariedad frente a la exclusión, informa los *procesos de paz y/o transición* que ya sólo caben y se entienden *con justicia*. Nueva realidad que es *jurídica* porque implica la consagración, como también hemos visto, de un *estatuto jurídico propio de las víctimas*, con derechos ciertos y bien establecidos y correlativas obligaciones jurídicas de los Estados. Nueva realidad para los Estados involucrados en procesos de paz y/o transición que es *jurídica*, en fin, porque, como en el caso de Colombia que nos ocupa, viene garantizada además a nivel regional, como acabamos de ver, por el sistema interamericano de protección de derechos humanos, con la Corte de San José a la cabeza; cuya jurisprudencia ha sido asumida internamente tanto por la Corte Constitucional como por la Corte Suprema colombianas, como no podía ser, por lo demás, de otra manera dado el carácter vinculante para los Estados partes de la sentencia de la Corte⁵⁴.

Y *porque es jurídica y viene asegurada a través de sistemas judiciales de control*, tanto a nivel internacional regional como interno, *limita efectivamente la discrecionalidad de los Estados* a la hora de adentrarse en procesos de paz y/o de tran-

(eds.), Pontifica Universidad Javeriana, Bogotá, 2009, pp. 27-130; L. MUNERA, “Proceso de paz con actores armados ilegales y para sistémicos (los paramilitares y las políticas de reconciliación en Colombia)”, *Revista de Pensamiento Jurídico*, núm. 17, 2006; E. PIZARRO LEONGÓMEZ, “Las FARC-EP: ¿repliegue estratégico, debilitamiento o punto de inflexión?”, en *Nuestra guerra sin nombre: transformación del conflicto en Colombia*, F. Gutiérrez Sanín, M. E. Wills & G. Sánchez (eds.), ed. Norma, Bogotá, 2006, pp. 171-207; A. VARGAS, *Guerra o solución negociada. ELN: origen, evolución y procesos de paz*, Intermedio editores, Bogotá, 2006.

⁵⁴ Sobre justicia de transición en Colombia, entre los numerosos estudios publicados, *vid.* C. BERISTAIN (ed.), *Contribución de las políticas de verdad, justicia y reparación a las democracias en América Latina*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 2011; M. REED & M. C. RIVERA (eds.), *Transiciones en contienda. Dilemas de la justicia transicional en Colombia y en la experiencia comparada*, Centro de Estudios de Justicia Transicional (ICTJ), Bogotá, 2010; R. UPRIMNY (dir.), *¿Justicia transicional sin transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia*, DeJuSticia, Bogotá, 2006.

sición y de modelar o juridificar procesos transicionales consecuencia de los mismos. Sin embargo, esta nueva realidad jurídica internacional asumida por los Estados en su derecho interno, que limita por ello su discrecionalidad, *no la elimina por completo*; por lo que *en el marco de un proceso de paz y/o transicional el margen de maniobra jurídico del Estado sigue existiendo, bien que limitado por el núcleo duro o contenido esencial de los derechos que conforman el estatuto jurídico de las víctimas* y que se corresponde con el núcleo duro o contenido esencial de verdad, justicia y reparación, que conforman la justicia de transición y que la Corte de San José, con su valiosísima jurisprudencia, está ayudando de manera decisiva a especificar y dotar de contenido, como hemos visto.

En relación a todo ello, la normativa interna adoptada por Colombia en la última década en materia de justicia de transición y de víctimas resulta, en efecto, paradigmática; al menos en el plano teórico-normativo, que es el nivel de análisis en el que nos hemos situado en el presente estudio. Otra cosa es, claro está, su desarrollo, también normativo específico⁵⁵, y su efectiva aplicación en la práctica⁵⁶.

4.1. La Ley 975, de Justicia y Paz, de 2005

Así, en relación al proceso negociador llevado a cabo por el Gobierno de Uribe con las denominadas *Autodefensas Unidas de Colombia*, la plasmación jurídica del acuerdo fue la adopción en 2005 de la Ley 975, de Justicia y Paz⁵⁷. Como opina

⁵⁵ Vid. sobre esta cuestión, S. GRANADA, J. A. RESTREPO & A. TOBÓN GARCÍA, “Neoparamilitarismo en Colombia: una herramienta conceptual para la interpretación de dinámicas recientes del conflicto armado colombiano”, en *Guerra y violencias en Colombia. Herramientas e interpretaciones*, J. A. Restrepo & D. Aponte (eds.), Pontificia universidad Javeriana, Bogotá, 2009; M. ROMERO (ed.), *Parapolítica. La ruta de la expansión paramilitar y los acuerdos políticos*, Corporación Nuevo Arco Iris, Bogotá, 2007.

⁵⁶ Vid. en este sentido, Amnistía Internacional, *Colombia. Los paramilitares en Medellín: ¿desmovilización o legalización?*, AMR 23/019/2005, septiembre de 2005, p. 1, accesible en <http://www.amnesty.org/es/library/asset/AMR23/019/2005/es/2f41b2b9-d4d5-11dd-8a23-d58a49c0d652/amr230192005es.pdf> (última visita el 2 de octubre de 2013); Human Rights Watch, *¿Rompiendo el control? Obstáculos a la justicia en las Investigaciones de la Mafia Paramilitar en Colombia*, octubre de 2008, p. 7, accesible en <http://www.hrw.org/sites/default/files/reports/colombia1008sp.pdf> (última visita, 2 de octubre de 2013). Así como el propio MAPP/OEA, *Diagnóstico de Justicia y Paz en el marco de la justicia transicional en Colombia*, Baltasar Garzón (coord.), octubre de 2011, p. 226, accesible en <http://www.mapp-oea.net/documentos/iniciativas/DiagnosticoJyP.pdf> (última visita el 2 de octubre de 2013).

⁵⁷ Para una exposición en profundidad de las vicisitudes de su aprobación en el Congreso de Colombia vid. R. UPRIMNY, “El marco jurídico de la desmovilización militar en Colombia”, *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad* núm. 2, 2012, pp. 66-69.

Theidon: *"The implication, however, is that the government may not be able to do whatever it deems necessary to attain peace. In this sense, transitional justice norms change the legal and political climate in which peace negotiations occur; the issues of truth, justice and redress may no longer be ignored nor indefinitely postponed. (...) Thus the Uribe administration has been forced to implement DDR on the terrain of transitional justice"*⁵⁸.

En efecto, la Ley de Justicia y Paz⁵⁹ se abre muy significativamente en el primer párrafo de su artículo 1 reconociendo esta nueva realidad jurídica que, por ello, debe presidir e informar todo su contenido:

*"La presente ley tiene por objeto facilitar los procesos de paz y la reincorporación individual o colectiva a la vida civil de miembros de grupos armados al margen de la ley, garantizando los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación"*⁶⁰.

Derechos que son reiterados expresamente en el artículo 4⁶¹ y definidos específicamente en los artículos 6⁶², 7⁶³ y 8⁶⁴. Sin embargo, ello no imposibilita

⁵⁸ K. THEIDON, *"Transitional Subjects ..."*, op. cit., pp. 89 y 73.

⁵⁹ Entre los numerosos trabajos doctrinales sobre la misma, vid. G. GALLÓN, M. REED & C. LLERAS (ed.), *Anotaciones sobre la ley de Justicia y Paz. Una mirada desde los derechos de las víctimas*, Comisión Colombiana de Juristas, Bogotá, 2007; F. GÓMEZ ISA, *Desmovilización paramilitar en Colombia: Luces y sombras*, FRIDE, Documento de Trabajo núm. 57, Madrid, 2008; MAPP/OEA, *"Diagnóstico de Justicia y Paz ..."*, op. cit.; H. VALENCIA VILLA, *La Ley de Justicia y Paz de Colombia a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Centro de Investigación para la Paz, Madrid, 2005.

⁶⁰ Cursivas añadidas.

⁶¹ El artículo 4 de la Ley 975, de Justicia y Paz, de 2005 dispone: "El proceso de reconciliación nacional al que dé lugar la presente ley, deberá promover, en todo caso, el derecho de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación y respetar el derecho al debido proceso y las garantías judiciales de los procesados".

⁶² "Artículo 6. Derecho a la justicia. De acuerdo con las disposiciones legales vigentes, el Estado tiene el deber de realizar una investigación efectiva que conduzca a la identificación, captura y sanción de las personas responsables por delitos cometidos por los miembros de grupos armados al margen de la ley; asegurar a las víctimas de esas conductas el acceso a recursos eficaces que reparen el daño infligido, y tomar todas las medidas destinadas a evitar la repetición de tales violaciones.

Las autoridades públicas que intervengan en los procesos que se tramiten con fundamento en la presente ley deberán atender, primordialmente, el deber de que trata este artículo". Cursivas añadidas.

⁶³ "Artículo 7. Derecho a la verdad. La sociedad, y en especial las víctimas, tienen el derecho inalienable, pleno y efectivo de conocer la verdad sobre los delitos cometidos por grupos armados organizados al margen de la ley, y sobre el paradero de las víctimas de secuestro y desaparición forzada.

Las investigaciones y procesos judiciales a los que se aplique la presente ley deben promover la investigación de lo sucedido a las víctimas de esas conductas e informar a sus familiares lo pertinente.

al Estado “facilitar los procesos de paz y la reincorporación individual o colectiva a la vida civil de miembros de grupos armados al margen de la ley”, objetivo de la mencionada Ley. Para ello en este caso se utiliza la llamada “alternatividad”, definida en su artículo 3:

“Alternatividad es un beneficio consistente en suspender la ejecución de la pena determinada en la respectiva sentencia, reemplazándola por una pena alternativa que se concede por la contribución del beneficiario a la consecución de la paz nacional, la colaboración con la justicia, la reparación a las víctimas y su adecuada resocialización. La concesión del beneficio se otorga según las condiciones establecidas en la presente ley”.

Siendo el artículo 29 de la Ley el que se refiere a la “pena alternativa”: “que consiste en *privación de la libertad por un período mínimo de cinco (5) años y no superior a ocho (8) años*, tasada de acuerdo con la gravedad de los delitos y su colaboración efectiva en el esclarecimiento de los mismos⁶⁵”⁶⁶.

Como se puede apreciar, el nuevo punto de partida jurídico, que viene marcado por la nueva realidad jurídica internacional –universal y regional– imposibilita ya la impunidad, al menos en la *letra de la ley*; especialmente tras la sentencia de la Corte Constitucional de 2006⁶⁷, que, junto a otros pronunciamientos de la Corte⁶⁸, vino a asegurar una interpretación de la misma acorde a las exigencias del Derecho Internacional en la materia⁶⁹. Junto a ello, también hay que destacar la labor de la Corte Suprema

Los procesos judiciales que se adelanten a partir de la vigencia de la presente ley no impedirán que en el futuro puedan aplicarse otros mecanismos no judiciales de reconstrucción de la verdad”. *Cursivas añadidas.*

⁶⁴ “Artículo 8. Derecho a la reparación. *El derecho de las víctimas a la reparación comprende las acciones que propendan por la restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción; y las garantías de no repetición de las conductas*”. *Cursivas añadidas.*

⁶⁵ En el párrafo siguiente se indicará: “Para tener derecho a la pena alternativa se requerirá que el beneficiario se comprometa a contribuir con su resocialización a través del trabajo, estudio o enseñanza durante el tiempo que permanezca privado de la libertad, y a promover actividades orientadas a la desmovilización del grupo armado al margen de la ley al cual perteneció”.

⁶⁶ *Cursivas añadidas.*

⁶⁷ Sentencia de la Corte Constitucional C-370/06, de 18 de mayo de 2006.

⁶⁸ Además de la referida sentencia C-370/06, la Corte Constitucional de Colombia ha emitido otras sentencias sobre la Ley de Justicia y Paz. Así, las sentencias C-127, C-319, C-531, C-575 y C-670 de 2006 y la sentencia C-080 de 2007.

⁶⁹ Como señala *Human Rights Watch*: “Si la Ley de Justicia y Paz se hubiera implementado en los términos de su redacción original, los paramilitares no habrían tenido ningún incentivo significativo para hablar sobre sus crímenes o cómplices, y cualquier investigación

de Justicia de Colombia que, como subraya Uprimny, “ha ido adquiriendo un papel cada vez más importante en la determinación del contenido concreto de la LJP, pues le corresponde a ese tribunal revisar muchas de las decisiones que toman los tribunales frente a los desmovilizados. Estas decisiones han convertido a ese tribunal en un actor central en la definición del contenido práctico de la LJP, para lo cual ha usado crecientemente estándares internacionales de derechos humanos y de Derecho Penal Internacional”⁷⁰.

Pero dicha labor de control jurisdiccional no impide una flexibilidad que, de un lado, resulta necesaria en todo proceso transicional; si bien, de otro, siempre hará que anide la duda sobre si se ha ido más allá, o no, de lo que hemos denominado contenido esencial de los derechos de las víctimas, que en ningún caso cabrá cercenar so pena de vaciar de contenido tales derechos y de caer en la impunidad. Más aún cuando se transite del análisis de la literalidad normativa a la constatación de su aplicación práctica caso por caso⁷¹. Sin embargo, reconociendo ambos peligros, no se debe minimizar lo logrado ni ignorar que entre la Ley 35 de 1982, *de amnistía incondicional a favor de la paz*, y la Ley 975 de 2005, *de Justicia y Paz*, existe no ya un avance, sino un verdadero cambio de paradigma.

de sus delitos se habría cerrado rápidamente. Todo cambió cuando la Corte Constitucional colombiana revisó la ley a mediados de 2006. La Corte aprobó la ley, pero condicionó dicha aprobación a que se le realizaran varias reformas fundamentales. (...). Si bien la ley aún presenta deficiencias, la Corte la transformó en un instrumento que, si se implementa en forma efectiva, podría promover el derecho de las víctimas a la verdad, a obtener reparaciones y a que los abusos no vuelvan a producirse”. *Human Rights Watch*, “¿Rompiendo el control? ...”, op. cit., p. 7.

⁷⁰ R. UPRIMNY, “El marco jurídico de la desmovilización ...”, op. cit., p. 73.

⁷¹ Como destacaba la Comisión Interamericana de Derechos Humanos al principio de su informe sobre *la aplicación y el alcance de la Ley de Justicia y Paz*: “En la etapa que se inicia resulta crucial que el marco normativo y su interpretación por parte de la Corte Constitucional sean respetados a cabalidad por las entidades encargadas de su implementación –la Unidad Nacional de Fiscalía para la Justicia y la Paz, los Tribunales de Justicia y Paz, el ministerio público y la Comisión Nacional de Reconciliación y Reparación– a fin de que los beneficios penales otorgados a los desmovilizados no constituyan una mera concesión gratuita de justicia, sino que cumplan con el objetivo genuino de operar como incentivo para la paz, la búsqueda de la verdad y la debida reparación a las víctimas del conflicto”. Pronunciamiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre *la aplicación y el alcance de la Ley de Justicia y Paz en la República de Colombia*, de 2006, par. 3. cursivas añadidas. Accesible en <http://www.cidh.org/countryrep/Colombia2006sp/pronunciamiento.8.1.06esp.htm> (última visita, 3 de junio de 2013).

4.2. La Ley 1448, de Víctimas y de Redistribución de Tierras, de 2011

Una aproximación diferente, porque va directa y específicamente dirigida a regular los derechos de las víctimas –*de todas las víctimas*, independientemente de quiénes hayan sido los victimarios, como vamos a ver– y no a ofrecer beneficios a los victimarios como resultado de un proceso de negociación; haciéndolo además, muy interesantemente, de manera previa a la apertura de las negociaciones con las FARC en otoño de 2012 –con todo lo que ello supone como marco jurídico al que las partes en la negociación deberán ceñirse, si bien completado por el denominado *Marco Jurídico para la Paz*, como veremos en el siguiente apartado–, es la planteada por el Presidente Santos a través de la aprobación de la *Ley de Víctimas y de Redistribución de Tierras*, de 10 de junio de 2011. Se trata, en efecto, de la primera ley colombiana de víctimas⁷², cuyo objetivo general y premisas básicas vienen referidas en el artículo 1:

*“La presente ley tiene por objeto establecer un conjunto de medidas judiciales, administrativas, sociales y económicas, individuales y colectivas, en beneficio de las víctimas de las violaciones contempladas en el artículo 3° de la presente ley, dentro de un marco de justicia transicional, que posibiliten hacer efectivo el goce de sus derechos a la verdad, la justicia y la reparación con garantía de no repetición, de modo que se reconozca su condición de víctimas y se dignifique a través de la materialización de sus derechos constitucionales”*⁷³.

La dignidad de las víctimas, de acuerdo con el artículo 4, se erige como fundamento de la Ley 1448, pues de ella derivan sus derechos: “El fundamento axiológico de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación, es el respeto a la integridad y a la honra de las víctimas”. Derechos que serán garantizados a través de la *justicia transicional*, entendida como “los diferentes procesos y mecanismos judiciales o extrajudiciales asociados con los intentos de la sociedad por garantizar que los responsables de las violaciones contempladas en el artículo 3° de la presente ley, rindan cuentas de sus actos, se satisfagan los derechos a la justicia, la verdad y la reparación integral a las víctimas, se lleven a cabo las reformas institucionales necesarias para la no repetición de los hechos

⁷² Resulta de justicia señalar que en el proceso de su elaboración el Gobierno de Colombia tuvo muy presente el ejemplo español en la materia; como se sabe, uno de los más avanzados en el reconocimiento, protección y garantía de los derechos de las víctimas de terrorismo. Para ello, contó muy especialmente con el asesoramiento del en aquel momento Director General para las Víctimas del Terrorismo del Gobierno de España, José Manuel Rodríguez Uribes.

⁷³ Ley 1448, de Víctimas y Restitución de Tierras, de 10 de junio de 2011, artículo 1.

y la desarticulación de las estructuras armadas ilegales, con el fin último de lograr la reconciliación nacional y la paz duradera y sostenible”⁷⁴.

Es aquí donde aparece en toda su profundidad la complejidad de la cuestión, simbolizada en la búsqueda de la complementariedad en el equilibrio de los principios y objetivos informadores de todo proceso transicional: *satisfacción de los derechos de las víctimas, reconciliación nacional y paz*. Paz que sólo es aquella que sea *duradera y sostenible*, que, a su vez, sólo lo será si *consigue la reconciliación nacional con justicia; esto es, satisfaciendo los derechos de las víctimas*. Complementariedad y búsqueda de equilibrio que quedan plasmados en el artículo 9, significativamente titulado “Carácter de las medidas transicionales”:

“El Estado reconoce que todo individuo que sea considerado víctima en los términos de la presente ley, tiene derecho a la verdad, justicia, reparación y a que las violaciones de que trata el artículo 3° de la presente ley, no se vuelvan a repetir, con independencia de quién sea el responsable de los delitos.

(...)

En el marco de la justicia transicional las autoridades judiciales y administrativas competentes deberán ajustar sus actuaciones al objetivo primordial de conseguir la reconciliación y la paz duradera y estable”.

Y en los artículos 11 y 12, donde se hace referencia a la necesaria coherencia interna y externa de todo el contenido de la Ley:

“Artículo 11. COHERENCIA EXTERNA. Lo dispuesto en esta ley procura complementar y armonizar los distintos esfuerzos del Estado para garantizar los derechos a la verdad, justicia y reparación de las víctimas, y allanar el camino hacia la paz y la reconciliación nacional.

Artículo 12. COHERENCIA INTERNA. Lo dispuesto en esta ley, procura complementar y armonizar las medidas de restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición, con miras a allanar el camino hacia la paz y la reconciliación nacional”.

Finalmente, resulta importante detenerse en un aspecto que quizás haya pasado desapercibido en una lectura rápida del primer párrafo del artículo 9 citado, que afirma que el Estado reconoce que *“toda víctima tiene derecho a la verdad, justicia, reparación y a que las violaciones no se vuelvan a repetir, con independencia de quién sea el responsable de los delitos”*⁷⁵. Se trata, en efecto, de la *definición misma de víctima* y los elementos delimitadores que la com-

⁷⁴ Artículo 8. *Cursivas añadidas.*

⁷⁵ *Cursivas añadidas.*

ponen, o no. Así, la noción de víctima definida en el artículo 5 de la Ley 975, *de Justicia y Paz*, de 2005, exigía que los daños causados a las personas –que se van a considerar víctimas en la Ley– debían “ser consecuencia de acciones que hayan transgredido la legislación penal, realizadas por grupos armados organizados al margen de la ley”⁷⁶.

Frente a ello, el artículo 3 de la Ley 1448, *de Víctimas y Restitución de Tierras*, de 2011 señala en su párrafo primero, que es el relevante a estos efectos:

“Se consideran víctimas, para los efectos de esta ley, aquellas personas que individual o colectivamente hayan sufrido un daño por hechos ocurridos a partir del 1º de enero de 1985, como consecuencia de infracciones al Derecho Internacional Humanitario o de violaciones graves y manifiestas a las normas Internacionales de Derechos Humanos, ocurridas con ocasión del conflicto armado interno”.

Se trata de una novedosa y, creo que resulta necesario reconocerlo, valiente y honesta, aproximación al *concepto de víctima* en el contexto del conflicto armado colombiano, eliminando de su definición el elemento limitador subjetivo pasivo⁷⁷; esto es, la referencia a quién haya sido el causante de “las infracciones al Derecho Internacional Humanitario o de violaciones graves y manifiestas a las normas Internacionales de Derechos Humanos”. Y es que tales violaciones teóricamente, y, como se sabe, también en la práctica, pueden ser cometidas por cualquiera, con independencia de su adscripción a “un grupo armado organizado al margen de la ley” o por el Estado mismo a través de sus agentes; porque lo relevante es la comisión de “infracciones al Derecho Internacional Humanitario o violaciones graves y manifiestas de los derechos humanos” con ocasión del conflicto armado interno y que éstas violaciones ocasionan víctimas, sin que quepa distinguir por el origen o adscripción del victimario entre tipos, calidades o niveles de víctimas.

⁷⁶ El texto del artículo mencionado es el siguiente:

“Definición de víctima. Para los efectos de la presente ley se entiende por víctima la persona que individual o colectivamente haya sufrido daños directos tales como lesiones transitorias o permanentes que ocasionen algún tipo de discapacidad física, psíquica y/o sensorial (visual y/o auditiva), sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo de sus derechos fundamentales. Los daños deberán ser consecuencia de acciones que hayan transgredido la legislación penal, realizadas por grupos armados organizados al margen de la ley”. Artículo 5 de la Ley 975, *de Justicia y Paz*, de 2005. Cursivas añadidas.

⁷⁷ Desde la perspectiva de los derechos de las víctimas, que es la empleada aquí, en la nueva relación jurídica establecida ante una violación de sus derechos, el sujeto activo, titular de derechos, pasa a ser la víctima y el sujeto pasivo, como responsable de la violación y titular de las obligaciones jurídicas que de ello derivan, pasa a ser el victimario. *Vid.* F.VACAS FERNÁNDEZ, “El terrorismo como crimen ...”, *op. cit.*, p. 267.

De este modo, *al desplazar el foco de atención de los victimarios, sean quienes fueren, a las víctimas, se avanza en la aplicación del Derecho sin discriminaciones injustificadas* –y la distinción entre víctimas de infracciones al Derecho Internacional Humanitario o violaciones graves y manifiestas de los derechos humanos siempre lo es– *y se puede avanzar, además, en el plano de la paz y la reconciliación desde bases más sólidas*. Porque, como reconoce el propio Ministro de Justicia y del Derecho de Colombia, Juan Carlos Esguerra Portocarrero: “En el caso del conflicto armado interno en Colombia, estos asertos son particularmente ciertos. Este conflicto se ha propiciado y acentuado en gran medida por dos factores sustanciales: por un lado, las grandes brechas de injusticia e inequidad social, y por el otro, la desatención a los clamores de las víctimas de los actores armados.

La Ley 1448 de 2011 de Víctimas y Restitución de Tierras, así como sus normas reglamentarias, atacan estos dos frentes de manera simultánea ya que buscan reducir las injusticias y la desigualdad social a través de la reparación económica y moral de las víctimas. De esta forma, se reconoce que las víctimas –en su gran mayoría, personas en estado de pobreza extrema, desplazadas y desempleadas– son las personas más vulnerables de nuestra sociedad y que la reparación de sus daños contribuirá a evitar que las causas endógenas del conflicto se perpetúen en el tiempo”⁷⁸.

4.3. El llamado *Marco Jurídico para la Paz*

El 31 de julio de 2012, apenas un mes antes de que el Presidente Santos anunciase el inicio de un nuevo proceso negociador con las FARC –que se iniciaría, en la primera de sus fases, en octubre de ese año en Oslo y que está teniendo, como se sabe, su continuación en La Habana–, el Congreso de Colombia aprobó un Acto Legislativo, con alcance de reforma constitucional, “por medio del cual se establecen instrumentos jurídicos de justicia transicional en el marco del artículo 22 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones”. Denominación oficial generalmente referida muy significativamente como *Marco Jurídico para la Paz*⁷⁹, que se aprobó, en efecto, para establecer las bases constitucionales que diesen cobertura jurídica interna a

⁷⁸ J. C. ESGUERRA PORTOCARRERO, “Llegó la hora de las víctimas: ¡Por fin!, Presentación a la Ley 1448 de 2011 de Víctimas y Restitución de Tierras, p. 9. Accesible en www.leydevictimas.gov.co/documents/10179/19132/completo.pdf (última visita el 2 de octubre de 2013).

⁷⁹ *Marco Jurídico para la Paz*, Acto Legislativo n° 1, de 31 de julio de 2012. Accesible en <http://wsp.presidencia.gov.co/Normativa/actos-legislativos/Documents/2012/ACTO%20LEGISLATIVO%20>

los esperados resultados positivos de las mencionadas negociaciones de paz con las FARC y, desde una perspectiva política, para posibilitarlos.

Así, en el nuevo Artículo Transitorio 66 de la Constitución colombiana, que introduce el *Marco Jurídico para la Paz*, se subraya, de un lado, la *excepcionalidad de los instrumentos de justicia transicional*, así como que su finalidad “prevalente (es) *facilitar la terminación del conflicto armado interno y el logro de la paz estable y duradera*”⁸⁰; eso sí, “con garantías de no repetición y de seguridad para todos los colombianos; y garantiza(ndo) *en el mayor nivel posible*, los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación”⁸¹. Con ello, y ya en línea de principio, se puede observar que tanto la finalidad “prevalente” de los instrumentos de justicia transicional que la reforma constitucional introducida va a posibilitar adoptar, como la relativización de los derechos de las víctimas con la expresión “en el mayor nivel posible” referido a la garantía de los mismos, se dirigen a *flexibilizar en lo posible el marco jurídico aplicable* con vistas a los resultados de dicha negociación y para facilitarlos, *primando el objetivo de la Paz sobre las exigencias de Justicia*, que quedarían de este modo supeditadas a la consecución de la primera.

A partir de estas bases, en el nuevo Artículo Transitorio 66 de la Constitución se habilita al Congreso para que, a través de una Ley estatutaria “se establecerán instrumentos de justicia transicional de carácter judicial o extra-judicial que permitan garantizar los deberes estatales de investigación y sanción. En cualquier caso se aplicarán mecanismos de carácter extra-judicial para el esclarecimiento de la verdad y la reparación de las víctimas”. Con ello, Colombia, como no puede ser ya de otro modo tal y como hemos visto se deriva del Derecho Internacional vigente en la materia, reconoce y asume el cumplimiento de las obligaciones de “investigación y sanción” así como de “esclarecer la verdad y reparar a las víctimas”; esto es, verdad, justicia y reparación como contenido de la justicia de transición o, visto desde los derechos de las víctimas, derecho de acceso a la justicia, a la verdad y a la reparación, como hemos visto.

Sin embargo, en el cuarto párrafo del artículo mencionado se introduce la referencia a dos nociones que parecen pensadas para, respetando las obligaciones mencionadas del Estado/ derechos de las víctimas, introducir

N%C2%B0%2001%20DEL%2031%20DE%20JULIO%20DE%202012.pdf (última visita, el 2 de octubre de 2013).

⁸⁰ Cursivas añadidas.

⁸¹ Cursivas añadidas.

la requerida flexibilidad que permita “facilitar la terminación del conflicto armado interno y el logro de la paz estable y duradera”, que, como hemos visto, es la “finalidad prevalente”: *priorización y selección* en la aplicación de la Justicia; esto es, en el establecimiento de responsabilidad penal por los crímenes cometidos. Así, se indica que “(e)l Fiscal General de la Nación determinará *criterios de priorización* para el ejercicio de la acción penal” y se habilita al Congreso para que, por medio de una ley estatutaria, pueda establecer “*criterios de selección* que permitan *centrar los esfuerzos en la investigación penal de los máximos responsables* de todos los delitos que adquieran la connotación de crímenes de lesa humanidad, genocidio, o crímenes de guerra cometidos de manera sistemática; establecer los casos, requisitos y condiciones en los que procedería la *suspensión de la ejecución de la pena*; establecer los casos en los que proceda la *aplicación de sanciones extra-judiciales*, de *penas alternativas*, o de *modalidades especiales de ejecución y cumplimiento de la pena*; y autorizar la renuncia condicionada a la persecución judicial penal de todos los casos no seleccionados”⁸². Eso sí, reiterando que todo ello se hará “(s)in perjuicio del deber general del Estado de investigar y sancionar las graves violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario”⁸³.

Finalmente, el *Marco Jurídico para la Paz* introduce un segundo Artículo Transitorio, el 67, en la Constitución, relativo a la participación política, con el que se pretende limitar las consecuencias penales en ese ámbito:

“Una Ley estatutaria regulará cuáles serán los delitos considerados conexos al delito político para efectos de la posibilidad de participar en política. No podrán ser considerados conexos al delito político los delitos que adquieran la connotación de crímenes de lesa humanidad y genocidio cometidos de manera sistemática, y en consecuencia no podrán participar en política ni ser elegidos quienes hayan sido condenados y seleccionados por estos delitos”.

Por consiguiente, únicamente a aquellos que hayan sido “condenados y seleccionados” –expresión que remite, obviamente, a los “criterios de selección” referidos en el artículo anterior, entre los que se hace referencia expre-

⁸² Cursivas añadidas.

⁸³ Para terminar el mencionado artículo, se indica que la aplicación de dicho tratamiento penal especial –que resultará ser, obviamente, más benévolo que el general– se condiciona a “la dejación de las armas, el reconocimiento de responsabilidad, la contribución al esclarecimiento de la verdad y a la reparación integral de las víctimas, la liberación de los secuestrados, y la desvinculación de los menores de edad reclutados ilícitamente que se encuentren en poder de los grupos armados al margen de la ley”.

sa a “los máximos responsables” de los delitos referidos, y, por consiguiente, no a todos los que los hayan cometido— por la comisión de “crímenes de lesa humanidad y genocidio *de manera sistemática*” —con la doble limitación de no incluir, muy significativamente, los crímenes de guerra, de un lado, y, de otro, de la exigencia de que los crímenes de lesa humanidad y genocidio cometidos hayan sido realizados de “manera sistemática” — “no podrán participar en política ni ser elegidos”.

Pues bien, el referido *Marco Jurídico para la Paz* ha sido contestado no sólo en el plano político, sino, especialmente en lo que aquí interesa, en el jurídico tanto a nivel interno como internacional. Así, desde la perspectiva interna, se interpuso recurso de inconstitucionalidad, que fue resuelto por la Corte Constitucional por decisión anunciada el 28 de agosto de 2013⁸⁴, en la que, admitiendo su constitucionalidad, establece, sin embargo, determinados criterios interpretativos que el Congreso deberá tener en cuenta a la hora de adoptar las leyes estatutarias a las que se refiere el *Marco Jurídico para la Paz*. Criterios interpretativos que no son sino límites a la discrecionalidad del legislador sobre la base esencial, referida por la Corte como “pilar fundamental de la Constitución”, del respeto a los derechos de las víctimas y las consiguientes obligaciones del Estado, tal y como se establece en el Derecho Internacional e interno colombiano.

En el plano internacional, destaca el seguimiento que desde la Fiscalía de la Corte Penal Internacional se ha venido realizando de la cuestión y que llevó a que el 26 de julio de 2013 la Fiscal de la Corte, Fatou Bensouda, dirigiese una carta confidencial⁸⁵ al Presidente de la Corte Constitucional colombiana —que en ese momento estaba todavía deliberando sobre la constitucionalidad del *Marco Jurídico para la Paz*: como acabamos de ver, la sentencia se anunció un mes después de la recepción de dicha carta —sobre algunos aspectos de su contenido; y, en especial, “sobre la compatibilidad de la suspensión de penas con el Estatuto de Roma”, indicando los límites que el Derecho Internacional establece al respecto y que, en todo caso, Colombia debe respetar⁸⁶.

⁸⁴ A la fecha de la redacción de este artículo todavía no ha sido publicada la sentencia, por lo que los datos de su contenido vienen referidos al comunicado oficial realizado por la propia Corte sobre su decisión.

⁸⁵ Contenido de la carta accesible en, por ejemplo, [http://www.semana.com/upload/documentos/Documento 354581 20130817.pdf](http://www.semana.com/upload/documentos/Documento%20354581%20130817.pdf) (última visita, el 2 de octubre de 2013).

⁸⁶ Para un análisis de la actuación de la Corte Penal Internacional en relación a Colombia vid., entre otros, H. OLÁSULO ALONSO, “El impacto del examen preliminar de la CPI sobre los delitos de lesa humanidad cometidos desde el 1 de noviembre de 2002 en el proceso de ne-

En definitiva, como vemos, se trata de una cuestión que, en el momento de la redacción del presente artículo, se encuentra completamente abierta, en primer lugar porque las negociaciones de La Habana todavía no han concluido. Habrá que esperar a ver si éstas concluyen con un acuerdo de paz y a los términos del mismo en la materia que nos ocupa, así como a los desarrollos jurídicos internos que les den cobertura legal para analizar su respeto, o no, del contenido mínimo exigido por el Derecho Internacional, y por la Constitución colombiana, de los derechos de las víctimas y las correlativas obligaciones del Estado. Pero, sea como fuere, lo que sí parece claro es que, tanto desde la perspectiva interna como internacional ya no es discutible que *existe un marco jurídico vigente que viene a limitar la discrecionalidad de las partes, y en especial del Estado, a la hora de negociar y establecer un marco jurídico de paz que afecte a las víctimas de crímenes internacionales y sus derechos; lo que, por otro lado, no agota la necesaria flexibilidad que todo proceso de paz requiere para que pueda llegar a buen término.*

5. CONSIDERACIONES FINALES

Y es que el nuevo paradigma político-jurídico que deriva del establecimiento de una relación constructiva a partir de la complementariedad de los objetivos de Justicia y de Paz, así como de situar a las víctimas en el centro de la escena dotándolas de un verdadero estatuto jurídico, lleva necesariamente a limitar los márgenes de maniobra de los actores en las negociaciones de todo proceso de paz que conduzca a un periodo transicional, ahora ya de *justicia transicional* en sentido propio. Parte, en efecto, de la premisa teórica de que “(j)usticia, paz y democracia no son objetivos mutuamente excluyentes sino más bien imperativos que se refuerzan uno al otro”⁸⁷, pero también del análisis de la práctica, como reconoce el Secretario General de Naciones Unidas en su primer informe sobre *El Estado de derecho y la justicia de transición en las socieda-*

gociación de paz entre el gobierno y las FARC”, en *Derecho Internacional Humanitario y Derechos Humanos. Reflexiones sobre el conflicto colombiano*, C.M. Díaz Barrado, C.R. Fernández Liesa y J. L. Rodríguez-Villasante Prieto (Dirs.), Civitas - Thomson Reuters, Pamplona, pp. 711-735; A. PIGRAU SOLÉ, “Colombia: la investigación pendiente de la Corte Penal Internacional”, en *ibid.*, pp. 655-690; C. QUESADA ALCALÁ, “La Justicia penal interancional y Colombia”, en *ibid.*, pp. 691-710.

⁸⁷ Informe del Secretario General de Naciones Unidas, *El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos*, S/2004/616, de 3 de agosto de 2004, Resumen, p. 1.

des que sufren o han sufrido conflictos: “Nuestras experiencias durante la pasada década han demostrado con claridad que no es posible consolidar la paz en el período inmediatamente posterior al conflicto ni mantenerla a largo plazo a menos que la población confíe en que se podrá obtener la reparación de las injusticias sufridas a través de estructuras legítimas encargadas del arreglo pacífico de las controversias y la correcta administración de justicia”⁸⁸.

Ello supone, sin duda, *limitar la discrecionalidad del Poder por medio del Derecho* y ya no sólo a través de la lógica de la confrontación de los diferentes poderes en lucha hasta llegar a un nuevo equilibrio político, propio de la lógica de *realpolitik* en la que indefectiblemente la Justicia y, como parte primordial de la misma, las víctimas simplemente eran ignoradas cuando no sacrificadas. También implica reconocer que *en la justicia de transición nos encontramos siempre ante un problema complejo, en el que frente al todo o nada y la exclusión de objetivos debe primar el equilibrio y la complementariedad, para llegar a una respuesta también compleja que, además, nunca es teórico-general, sino particular, específica para cada caso concreto*. Como reconoce el Secretario General: “Los problemas que se plantean después de los conflictos hacen necesario optar por un planteamiento que equilibre múltiples objetivos, entre los que se encuentran la búsqueda de la rendición de cuentas, la verdad y la reparación, la preservación de la paz y la construcción de la democracia y el Estado de derecho”⁸⁹.

Alcanzar la complementariedad en el caso concreto a través de la construcción de equilibrios entre intereses, objetivos y principios implica negociar y contrastar posiciones y grados de poder de las partes en el conflicto. Todo ello se sitúa en el terreno de lo político, del juego político y, claro está, implica margen de maniobra y un grado no pequeño de discrecionalidad. Eso sí, *dentro del marco jurídico que impone el principio de legalidad, tanto internacional como interno; esto es, a partir de la aceptación y el respeto de los límites generales que imponen el propio concepto de justicia transicional y los derechos de las víctimas, que se concretan en el contenido mínimo esencial de los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación* y sin los cuales aquella y éstos quedarían vacíos de contenido.

Y si ello es así en los momentos de transición una vez finalizado el conflicto, en el caso de Colombia la situación resulta, si cabe, todavía más complicada porque, como subraya el ya citado Ministro de Justicia y del Derecho, Esguerra Protocarrero: “A diferencia de otras experiencias internacionales en las que los procesos de justicia transicional tienen lugar tras el cese de las confrontaciones

⁸⁸ *Ibid*, par. 2.

⁸⁹ *Ibid*, par. 21.

bélicas, Colombia es pionera en el mundo en la adopción de un sistema de justicia transicional en un país donde el conflicto todavía no ha terminado”⁹⁰.

En efecto, a diferencia de procesos anteriores, hoy Colombia posee, como hemos visto, un marco jurídico internacional e interno bien establecido que, habiendo situado a las víctimas en el centro de la preocupación política y habiéndoles, en consecuencia, dotado de un estatuto jurídico propio –que puede ser interna e internacionalmente fiscalizado–, hace que necesariamente –y ya no sólo desde posiciones morales o de principios éticos generales, sino desde el Derecho– la búsqueda de equilibrios entre los actores a través de negociaciones, políticas, que implique al final alcanzar un grado de complementariedad entre Justicia y Paz en el caso concreto, se lleven a cabo dentro de los límites que el ordenamiento jurídico internacional e interno de Colombia determinan. Sabiendo, además, que los tribunales internos colombianos –en especial su Corte Constitucional y su Corte Suprema de Justicia, como hemos visto–, en primer lugar, y la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos en última instancia, velarán porque dicho marco jurídico conformado por el contenido mínimo esencial de los derechos de las víctimas sea respetado tanto en los acuerdos genéricos a los que las negociaciones den lugar como, es de esperar, en su paulatina y necesariamente dilatada aplicación en cada caso concreto.

FÉLIX VACAS FERNÁNDEZ
Área de Derecho Internacional Público
Universidad Carlos III de Madrid
c/Madrid, 126
Getafe 28903 Madrid
e-mail: felix.vacas@uc3m.es

⁹⁰ J. C. ESGUERRA PORTOCARRERO, “Llegó la hora de las víctimas ...”, cit., p. 13.

